I.

Ueber dingliche Gewerberechte.

Von

Herrn Dr. Schmid,
Professor der Rechte in Bern.

Einleitung.

§. 1.

Die Systeme unseres heutigen Privatrechts sind noch nicht soweit ausgebildet, daß wir jedem Institute mit Sicherheit eine feste Stelle in denselben anzuweisen wüßten. Das mag Manschen als sehr unerheblich erscheinen, wenn nur im Einzelnen die Grundsätze festgestellt sind, die man bei der Beurtheilung derselben in Anwendung zu bringen hat. Allein, auch abgesehen von dem rein wissenschaftlichen Interesse bei der harmonischen Ausbildung eines jeden Rechtssystems, ist es doch nicht zu verkennen, daß der Mangel einer systematischen Durchbildung unseres Rechts, wegen der aus dem System abzuleitenden Folgerungen, immer auch störend auf die richtige Beurtheilung einzelner Rechtsfragen zurückwirkt und uns in vielen wichtigen Fällen in einer bedenklichen Unklarheit über die leitenden Grundsätze läßt.

Zu den Rechtsinstituten, bei denen dies recht augenscheinlich hervortritt, gehört auch das **Gewerberecht**, von dem in unsern Lehrbüchern des deutschen Privatrechts nur in einzelnen Beziehungen und in sehr verschiedenem Zusammenhange die Rede zu sein pflegt. Man hat bisher weder den vollen Umfang des Begriffs der Gewerberechte erkannt, noch sich die leitenden Grund=

sätze, von denen wir bei ihrer Beurtheilung ausgehen müssen, zum klaren Bewußtsein gebracht. Meistens beschränkt man den Begriff auf die handwerksmäßigen Gewerbe und was diesen zunächst steht, und davon ist gewöhnlich bei Gelegenheit der Zünfte die Rede, die man als dem besonderen Rechte des Bürgerstandes angehörig behandelt. Die Bannrechte, bei denen man in der Regel nicht erkannte, daß sie dem Gewerberechte angehören, pflegen unter den dinglichen Rechten ihren Platz zu finden. Von den regalischen Gewerben handelt man in der Lehre von den Regalien; daß aber auch die s. g. Grundregalien die Natur von Gewerberechten haben, ist erst in der neueren Zeit von Einzelnen erkannt worden, wie sich denn auch erst seit wenigen Jahren die Ueberzeugung mehr und mehr durchgebildet hat, daß das schriftstellerische und künstlerische Autorrecht und das durch Erfindungspatente geschützte Recht auf die alleinige Ausübung und Anwendung einer technischen Erfindung von dem gleichen Gesichtspunkte aus aufgefaßt werden müssen. Eine gemeinsame Lehre von den Gewerberechten und eine organische Einordnung derselben in das System unseres Privatrechts ist aber bis jetzt noch nicht unternommen worden. Diese Lücke von einer Seite her auszufüllen, soll hier der Versuch gemacht werden. Es ist dabei nicht darauf abgesehen, eine vollständige Darstellung des gesammten Gewerberechtes zu geben und alle die Rechtsverhältnisse hier zu erörtern, die mit dem gewerblichen Leben im Zusammenhang stehen und in der Gewerbsthätigkeit ihren Mittelpunkt haben; es soll hier vielmehr nur von der rechtlichen Natur des Gewerberechts d. i. der Befugniß zum Betrieb eines Gewerbes, die Rede sein.

I. Allgemeine Grundsätze.

§. 2.

Unter einem Gewerbe verstehen wir im weitern Sinne jede Art von Erwerbsthätigkeit, die zu einem eigentlichen Geschäft gemacht ist, d. i. jede in einer bestimmten Richtung anhaltend fortgesetzte Thätigkeit, deren Zweck Vermögenserwerb ist. In diesem Sinne rechnen wir daher auch die Ausübung des

Berufs der Aerzte, Advokaten, Lehrer, Schriftsteller, Künstler, Ingenieure, Architekten u. s. w. zu den Gewerbsthätigkeiten. Im engern Sinne spricht man nur bei denjenigen Arten von Erwerbsthätigkeit, welche auf die Production von Rohstoffen, auf die Bearbeitung derselben oder auf den Handel gerichtet sind, von einem Gewerbe und nimmt dabei in der Regel noch die Betreibung der Landwirthschaft aus. Im engsten Sinne endlich beschränkt man den Begriff auf die Bearbeitung der Rohstoffe oder die eigentlichen Handwerke. Diese Abgrenzungen der Begriffe, über die sich übrigens keine allgemeine durchgreifende Regeln aufstellen lassen, können in so fern particularrechtlich wichtig sein, als sich die gesetzlichen Bestimmungen über die Ausübung der Gewerbe bald auf einen engern, bald auf einen weitern Kreis von hiehergehörigen Geschäften beziehen, auf die Bestimmung der rechtlichen Natur der Gewerbe sind sie aber von keinem Einfluß.

Die Befugniß von seinen persönlichen und materiellen Kräften in Beziehung auf den Betrieb von Gewerben jeden beliebigen Gebrauch zu machen, durch welchen man nicht verletzend in eine fremde Rechtssphäre eingreift, muß als ein Ausfluß der natürlichen Freiheit und als die allgemeine Regel angesehen werden. Das Bedürfniß eines polizeilichen Schutzes gegen Gefahren, mit welchen eine ungeschickte und fahrläßige Betreibung mancher Gewerbe Leben, Gesundheit und Eigenthum anderer bedroht, oder doch das Publicum Täuschungen und Beeinträchtigungen aussetzt, hat jedoch bei mehreren Gewerben in der Weise zu Beschränkungen geführt, daß man die Erlaubniß zur Ausübung derselben von dem Nachweis der persönlichen Fähigkeit und Tüchtigkeit oder von der Prüfung der erforderlichen gewerblichen Anlagen und Einrichtungen abhängig machte. Vielfältig hat man auch die Ausübung mancher Gewerbe nur darum an eine besondere Concession gebunden, um auf diese Weise eine Gewerbesteuer zu erheben.

Meistens sind aber die Gesetzgebungen, namentlich in frühern Zeiten, noch weiter gegangen. Nicht nur behielten sie einige Gewerbe, die mit öffentlichen Interessen besonders verwachsen sind, dem Staat als s. g. regalische Gewerbe allein vor, worauf wir weiter unten zurückkommen werden, sondern sie unterwerfen auch vielfältig, um einer nach ihrer Meinung nachtheiligen Concurrenz

vorzubeugen, die Ertheilung von Gewerbsconcessionen, unabhängig von polizeilichen und finanziellen Rücksichten, erschwerenden Bedingungen oder machten sie von ihrem reinen Gutbefinden abhängig. In solchen Fällen erhielt dann die Gewerbsbefugniß einen eigenthümlichen rechtlichen Charakter. Während nämlich dann, wenn eine Gewerbsconcession nur von der Entrichtung einer Abgabe oder von der Nachweisung derjenigen persönlichen Eigenschaften und lokalen Einrichtungen, die der Gefährdung Anderer vorbeugen sollen, abhängig ist, Niemanden, der diese Bedingungen erfüllt, die Ausübung des betreffenden Gewerbes versagt ist, gewährt die Concession im andern Falle ein wirkliches Vorrecht und begründet so eine rechtliche Ungleichheit in Beziehung auf Gewerbebefugnisse.

§. 3.

Man hat sich gewöhnlich bei der rechtlichen Bestimmung gewerblicher Vorrechte damit begnügt, sie als Privilegien zu bezeichnen, seien es nun Privilegien im w. S., die für ganze Klassen von Personen oder Verhältnissen iura singularia begründen, seien es Privilegien im engern Sinne, die durch specielle Acte der gesetzgebenden Gewalt verliehen werden. Damit ist indessen nur die Art und Weise der Begründung oder die Natur der Rechtsnorm, auf welche sie sich stützen, nicht aber der rechtliche Charakter der Berechtigung selbst bestimmt, denn die durch Privilegien verliehenen Rechte können ihrem Inhalte nach sehr verschiedener Art sein. Hier haben wir es nun unzweifelhaft mit einer Erweiterung der Rechtsfähigkeit zu thun. Denn die Befugniß jedes Gewerbe zu treiben, welches nicht einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre enthält, muß, wie schon oben bemerkt wurde, als ein Ausfluß der natürlichen Freiheit oder allgemeinen Rechtsfähigkeit angesehen werden und indem die Gesetzgebung in Beziehung auf einzelne Gewerbe diese Freiheit aufhob, ließ sie daher in soweit eine Beschränkung der allgemeinen Rechtsfähigkeit eintreten, die dann wieder in Betreff derjenigen Personen, welchen eine besondere Gewerbsbefugniß als Privilegium gewährt wird, eine Erweiterung erfährt. Es wird demnach durch eine solche Gesetzgebung die allgemeine Rechtsfähigkeit einer=

seits beschränkt, anderseits wieder erweitert.[1]) Dadurch wird dann auch die Stellung der privilegirten Gewerbsberechtigungen im System bestimmt.

§. 4.

Man muß es als ein großes Verdienst anerkennen, welches sich Savigny um unsere civilistische Systematik erworben hat, indem er der Ueberzeugung allgemeinen Eingang verschaffte, daß man bei der Anordnung der Lehren des Privatrechts nicht von den Rechten sondern den Rechtsverhältnissen ausgehen müsse. Es hängt damit eine oft übersehene, aber sehr wichtige Unterscheidung bei dem Begriffe des Rechts im subj. Sinne zusammen. Wenn wir nämlich von den Rechten, die wir haben, reden, können wir uns entweder dem Gesetze gegenüber denken, welches uns gewisse Handlungen erlaubt, andere verbietet, und dann verstehen wir unter unserm Recht, was dem Gesetze nicht zuwider ist, was wir thun dürfen; oder wir können uns in unsern Beziehungen zu andern Menschen denken, und dann verstehen wir unter unserm Recht, was wir von einem Andern zu fordern oder in Anspruch zu nehmen, befugt sind. Dem Recht des Einen steht dann immer eine Verbindlichkeit Anderer gegenüber; Recht und Pflicht sind also in diesem Falle correlate Begriffe. In der Sprache der Logik bezeichnet das Recht als Erlaubnißbegriff die practische Kategorie der Möglichkeit (Modalität), das Recht als Correlat von Pflicht die praktische Kategorie der Wechselwirkung (Relation). Wenn nun gesagt wird, daß wir in unserm Systeme des bürgerlichen Rechts nicht von den Rechten, sondern von den Rechtsverhältnissen ausgehen müssen, so heißt das nichts Anders, als daß wir von der praktischen Kategorie der Wechselwirkung, wo Rechte und Pflichten corretale Begriffe sind, ausgehen müssen. Der modalische Begriff des Rechts, wo wir uns dem Gesetz gegegenüber denken, führt uns auch in der That durch seine Scheidung des Erlaubten und Unerlaubten nur zu einer Abgrenzung

---

1) Dies hat Maurenbrecher, deutsches Privatrecht I § 351 verkannt, indem er annimmt, daß nur ein Gewerberecht, welches ein Verbietungsrecht gegen Dritte gewähre, eine Beschränkung der Gewerbefreiheit enthalte.

der Rechtssphäre eines jeden Einzelnen von der Rechtssphäre jedes Andern, gestattet uns aber keinen Einblick in den eigentlichen Organismus unseres Rechts, der wesentlich durch die Wechselbeziehungen bestimmt wird, in welche die Menschen zu einander treten, und durch die die wechselseitigen Rechte, und Verbindlichkeiten derselben bestimmt werden.

Demungeachtet behält auch der modalische Begriff von Recht im System seine bestimmte Bedeutung. Denn die Möglichkeit Rechte und Verbindlichkeiten zwischen den einzelnen Gliedern der bürgerlichen Gesellschaft zu begründen setzt nothwendig die Fähigkeit Rechte zu erwerben und zu haben voraus. Völlig rechtlos ist zwar nach unsern heutigen Rechten Niemand mehr, die Rechtsfähigkeit ist aber doch nicht immer völlig gleich. Es hängt das Maß derselben von sehr verschiedenen Umständen ab, wie namentlich dem religiösen Bekenntniß, der Heimath, dem bürgerlichen Stand, der Stellung in der Familie u. s. w. Daß nun auch unsere Gewerbegesetze, wenn sie die Fähigkeit zu dem Betrieb eines Gewerbes von der Verleihung eines Privilegiums abhängig machen, eine solche Ungleichheit in der Rechtsfähigkeit begründen, haben wir eben gesehen. Dabei handelt es sich aber zunächst lediglich um das Verhältniß zu dem Gesetz, welches dem Einen erlaubt, was Andren versagt ist, und es ist also der modalische Begriff von Recht, von dem wir bei der Bestimmung der privilegirten Gewerbsberechtigungen, wie bei der Unterscheidung der verschiedenen Grade der Rechtsfähigkeit überhaupt, ausgehen.

Damit wird dann zugleich auch die Natur der Klage bestimmt, durch welche ein privilegirtes Gewerbrecht geltend gemacht werden kann. Es ist, wie in allen Fällen, wo es sich um persönliche Rechtszustände handelt, eine actio in rem im weitern Sinne des Worts oder eine Präjudicialklage. Die neuern Juristen pflegen alle Klagen, die zum Schutz von Privilegien dienen, confessorische Klagen zu nennen[2]) und müssen dies also auch auf privilegirte Gewerberechte beziehen, was freilich mit dem römischen Sprachgebrauch nicht zu vereinigen ist.

2) Vrgl. z. B. Stryk, usus modernus VIII. 5 §. 5. Wening-Ingenheim, Lehrbuch I §. 30. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik I S. 137.

§. 5.

Eine privilegirte Gewerbsbefugniß kann aber unter Umständen auch einen andern rechtlichen Character annehmen, als den einer bloßen Erweiterung der Rechtsfähigkeit. Es ist dies namentlich der Fall wenn

1. Das Privilegium in dem Sinne ein ausschließliches ist, daß dem Berechtigten die Befugniß zusteht, jedem der nicht ein gleiches Recht hat, die Ausübung des betreffenden Gewerbes zu verbieten, denn dadurch hört die Gewerbebefugniß auf nur noch ein Recht im modalischen Sinne des Wortes zu sein. Der Berechtigte hat nicht mehr bloß die gesetzliche Erlaubniß das privilegirte Gewerbe zu treiben; es ist damit zugleich ein rechtlicher Anspruch Andern gegenüber verbunden, denen die Verpflichtung obliegt, sich der Ausübung des fraglichen Gewerbes zu enthalten, so daß sich hier also Rechte und Pflichten als correlate Begriffe gegenüber stehen.

   Ebenso tritt aber auch

2. eine Aenderung in dem rechtlichen Charakter einer privilegirten Gewerbebefugniß ein, wenn sie als ein vererbliches und veräußerliches Recht einen von der Person des Beliehenen unabhängigen Bestand hat. Denn obschon sie in diesem Falle für den jeweiligen Inhaber des Rechts immer auch noch eine Erweiterung der Rechtsfähigkeit enthält, wird doch durch ein derartiges Privilegium das dadurch begründete Vorrecht selbst wieder Object von Rechten und Verbindlichkeiten und in Folge dessen Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs.

§. 6.

Diese Unterscheidung bei den Gewerbeberechtigungen ist für die weitere Bestimmung der rechtlichen Natur derselben von der größten Wichtigkeit. Wir gingen oben davon aus, daß jedes Gewerbsprivilegium eine Erweiterung der Rechtsfähigkeit enthalte, indem es dem Berechtigten gesetzlich die ausnahmsweise Erlaubniß ertheile, ein Gewerbe zu betreiben, welches Andern verschlossen ist. Damit ist nun aber keineswegs gesagt, daß ein solches Gewerbsprivilegium nicht dennoch auch einen Bestandtheil des Ver-

mögens seines Inhabers bilden könne. Man könnte geneigt sein, dies schon bei dem einfachen persönlichen Gewerbsprivilegium anzunehmen, da dieses doch immer auch nach Geldeswerth geschätzt und sehr oft auch durch einen onerosen Vertrag erworben wird. Allein das Letztere kann hier nichts entscheiden, denn es können auch reine Standesvorrechte, wie die des Adels, um Geld erworben werden, ohne daß der Adel dadurch ein Bestandtheil des Vermögens würde. Daß aber eine Gewerbsbefugniß in Beziehung auf den Vermögenserwerb Vortheile gewährt, die nach Geldeswerth geschätzt werden können, entscheidet ebenfalls nicht, denn obschon jedes Vermögensrecht einen Geldwerth haben muß, bildet doch nicht umgekehrt Alles, was nach Geldeswerth geschätzt werden kann, einen Bestandtheil des Vermögens. Die geistige und technische Befähigung zu einem Gewerbe ist wesentliche Bedingung bei einem erfolgreichen Betriebe desselben und kann ebenfalls nach Geldeswerth angeschlagen werden, aber Niemand wird darum Intelligenz und technisches Geschick als einen Bestandtheil des Vermögens eines Menschen ansehen. Das Wesentliche bei einem Vermögensrecht ist immer die Herrschaft über die uns umgebende Welt, welche uns möglich macht, sie für unsere Zwecke zu benützen. Eine solche vermögensrechtliche Herrschaft gewährt aber ein einfaches persönliches Gewerbsprivilegium noch nicht, sondern sie erweitert nur die Möglichkeit des Erwerbes von Vermögensrechten, also die Möglichkeit eine solche Herrschaft zu erlangen. Anders gestaltet sich aber die Sache, wenn mit dem Gewerbsprivilegium ein Monopol in dem Sinne verbunden ist, daß dem Berechtigten in Beziehung auf die Ausübung des privilegirten Gewerbes ein Verbietungsrecht zusteht, denn damit ist ihm wirklich eine Herrschaft über fremde Handlungen eingeräumt, die er für seine Zwecke benutzen kann und die, da sie einen Vermögenswerth hat, einen vermögensrechtlichen Character annimmt. Ein solches Verbietungsrecht findet sich namentlich bei denjenigen Gewerben, deren Ausübung der Staat sich selbst vorbehalten hat, den s. g. regalischen Gewerben, kömmt aber auch häufig bei Privatgewerben vor; namentlich gehören dahin alle die Gewerbe, mit welchen s. g. Bann- od. Zwangsrechte verbunden sind, d. h. eine privatrechtliche Beschränkung

der persönlichen Freiheit Andern zu Gunsten des Gewerbsbetriebs.

Nicht minder deutlich tritt der vermögensrechtliche Character bei denjenigen Gewerben hervor, die in der Gestalt von veräußerlichen und vererblichen Rechten verliehen sind. Das ist meistens bei den Gewerbsmonopolen der Fall, doch ist nicht nothwendig jedes vererbliche und veräußerliche Gewerberecht ein ausschließliches Recht, dem ein Verbietungsrecht gegen Nichtberechtigte zur Seite stände, sowie sich auch darin eine Verschiedenheit zeigt, daß ein solches Recht bald mit dem Besitz eines Grundstücks als dessen Pertinenz verbunden ist, bald auch unabhängig davon besteht, wie das z. B. bei Wirthschaftsgerechtigkeiten bisweilen vorkömmt. Der vermögensrechtliche Charakter eines solchen Gewerbsprivilegiums drückt sich hier darin aus, daß die Gewerbsberechtigung selbst wieder Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs und damit Object der vermögensrechtlichen Herrschaft ist.

§. 7.

Suchen wir uns nun weiter klar zu machen, zu welcher Art von Vermögensrechten wir solche privilegirte Gewerbsberechtigungen zu rechnen haben so stoßen wir auf große Schwierigkeiten.

Gehen wir mit der Mehrzahl unserer Systematiker davon aus, daß alle Vermögensrechte eine Herrschaft des Berechtigten über die uns umgebende Welt begründen, mögliche Gegenstände einer solchen Herrschaft aber nur körperliche Sachen oder menschliche Handlungen sein können, und unterscheiden wir danach, wie es in der Regel zu geschehen pflegt, zwischen Rechten auf Sachen oder dinglichen Rechten und Rechten auf menschliche Handlung oder Forderungsrechten (Obligationen), so ist freilich klar, daß man die privilegirten Gewerbsberechtigungen nicht zu den dinglichen Rechten rechnen darf, denn eine körperliche Sache ist bei ihnen nicht Gegenstand des Rechts. So bliebe also nur übrig, sie als obligatorische Verhältnisse zu betrachten.

Allein die Unterscheidung zwischen den dinglichen und persönlichen Vermögensrechten kann auch noch von einer andern Seite aufgefaßt werden. Wie schon oben hervorgehoben wurde steht jedem Recht im subjectivem Sinne, wenn wir den Begriff in seiner relativen Bedeutung nehmen, eine Verpflichtung Anderer

gegenüber. Dies ist nicht blos bei den Forderungsrechten der Fall, sondern auch bei den dinglichen, und namentlich bei dem umfaßendsten derselben, dem Eigenthum; denn das Recht einer ausschließlichen Beherrschung einer Sache legt immer allen Andren die Verbindlichkeit auf, sich jedes Eingriff's in die Herrschaft des Eigenthümers zu enthalten. Der Unterschied des Eigenthums und der andren dinglichen Rechten von den Obligationen besteht, von diesem Gesichtspunkte aus aufgefaßt, lediglich darin, daß die Rechte auf eine Sache absolute Rechte sind, denen eine allgemeine, wenn schon nun negative Verbindlichkeit aller Andern gegenüber steht, während bei den Obligationen immer individuell bestimmte Personen zu einzelnen positiven oder negativen Handlungen verpflichtet sind.

Halten wir diese, das Wesen der dinglichen und obligatorischen Verhältnisse tiefer ergreifende Unterscheidung fest, so müssen wir doch wieder Bedenken tragen, die Gewerbsberechtigungen als obligatorische Verhältnisse zu betrachten, da bei ihnen nicht Rechte und Verbindlichkeiten individuell bestimmter Personen einander gegenüberstehen. Denn die Verpflichtung derjenigen, welchen das Privilegium nicht zusteht, ist ja eine ganz allgemeine, die durch die Gesetze über Gewerbsbeschränkungen begründet ist, und hat keine nothwendige Beziehung auf die Person des Gewerbsberechtigten. Doch das gerade nimmt Gerber an.

§. 8.

Schon Sawigny hatte bemerkt, daß die Verknüpfung von Rechten und Verbindlichkeiten mit einer Person zwar regelmäßig durch irgend ein das bestimmte Individuum betreffendes Ereigniß geschehe, also durch menschliches Handeln oder Leiden, daß es aber auch eine abweichende, mehr künstliche, Verknüpfungsweise gebe, die sich auf eine allgemeine, mit den verschiedensten Individuen vereinbare Eigenschaft gründe. So werde bei den Prädialservituden das Subjekt der Berechtigten durch den Besitz des praedium dominans bestimmt und bei den actiones in rem scriptae die Person des Verpflichteten durch den zufälligen Umstand, daß sich Jemand in der Lage befinde, etwas restituiren oder exhibiren zu können. Im deutschen Rechte, sei diese Art der Verknüpfung noch weit häufiger und wichtiger. Sawigny

hebt namentlich die Reallasten als Beispiel hervor und bemerkt in Beziehung auf die Bannrechte, daß bei ihnen die Berechtigung stets (?) mit einem Grundeigenthum verbunden sei, die Verpflichtung aber durch den zufälligen Umstand bestimmt werde, daß jemand Bewohner eines gewissen Bezirks sei. Auch er betrachtet bereits die meisten Reallasten und alle Bannrechte als rein obligatorische Verhältnisse.[3]) Diese Ansicht hat nun Gerber weiter zu entwickeln versucht.[4]) Er geht, wie wir, von dem Satze aus, eine Obligation enthalte eine Beziehung zwischen zwei bestimmten Subjecten, dem Gläubiger und Schuldner, und fügt dann hinzu, die Bestimmung der Subjecte könne zunächst in dem von den Parteien bei Eingehung eines Rechtsgeschäftes ausgesprochenen Willen liegen, sie könne aber auch, und das sei ein dem deutschen Rechte eigenthümliches Verhältniß, durch einen äußern Umstand, mit welchem eine Person in Beziehung trete, gegeben werden. Ganz besonders werde dem Besitz von Grundstücken die Bedeutung beigelegt, daß durch ihn die Eigenschaft einer Person als Subject einer einzelnen oder sich fortdauernd wiederholenden Obligation bestimmt werde; so werde es möglich ein obligatorisches Verhältniß zu perpetuiren, indem es die Eigenschaft der Unauflöslichkeit von dem Grundstücke, welchem es angeknüpft sei, annehme. Dies sei namentlich der Fall bei den s. g. Reallasten, der Forderung aus dem Retraktrechte gewissen Verbindlichkeiten eines Lehns- und Fideicommißbesitzers und der Verpflichtung gegenüber s. g. Bannrechten, deren Inhalt in der Verbindlichkeit der Einwohner eines Bezirks bestehe, Bedürfnisse, einer bestimmten Art nur durch den Bannberechtigten befriedigen zu lassen. Analog den Bannberechtigungen will er dann auch die Realgewerberechte beurtheilt wissen, worunter er die an den Besitz eines bestimmten Grundstücks geknüpften Befugnisse, ein bestimmtes Gewerbe zu treiben, versteht.

§. 9.

Wir können hier die vielbestrittene Frage, ob die Reallasten, das Retraktrecht u. s. w. nur obligatorische Verhältnisse begründen,

---

3) von Savigny, System B. II. §. 103; Obligationenrecht B. I. § 12.
4) Gerber deutsches Privatrecht § 156.

gänzlich bei Seite lassen. Die Bannrechte theilen zwar mit ihnen das Merkmal der Perpetuität, sie unterscheiden sich aber sehr wesentlich dadurch, daß bei ihnen die Verbindlichkeit, die hier immer nur eine negative ist, nicht an den Besitz einer Sache namentlich eines Grundstücks, geknüpft ist, sondern auf Jedem ruht, der sich innerhalb des Bannbezirks aufhält.

Dabei drängt sich natürlich vor Allem die Frage auf, ob hierin eine derartige Bestimmung des verpflichteten Subjectes liege, wie sie bei obligatorischen Verhältnissen vorausgesetzt wird? Gerber selbst geht, wie wir gesehen haben, davon aus, die Obligation enthalte eine rechtliche Beziehung zwischen bestimmten Subjecten, dem Gläubiger und Schuldner. Nun leidet es allerdings keinen Zweifel, daß z. B. das Subject des Schuldners durch irgend einen äußern, nur zufälligen Umstand bestimmt werden kann, wie bei der actio ad exhibendum dadurch, daß sich jemand zufällig in der Lage befindet, exhibiren zu können. Allein es springt doch sofort ein wichtiger Unterschied in die Augen: bei der actio in rem scripta ist es immer ein individuell bestimmtes Subject, welches durch die Verbindlichkeit betroffen wird, während dagegen bei den Bannrechten die Verpflichtung, völlig ebenso wie bei dem Eigenthum und allen andern dinglichen Rechten, eine ganz allgemeine und nur negative ist, die jeden trifft der sich zufällig in dem Bezirke aufhält. Es ließe sich daher, wenn man bei den Bannrechten eine Obigatio ex lege annehmen wollte, gar nicht absehen, warum man nicht in gleicher Weise das Eigenthum und alle andern dinglichen Rechte in obligatorische Verhältnisse auflösen sollte. Man kann dagegen auch nicht einwenden, bei den Bannrechten liege doch darin eine bestimmtere Individualisirung der Verpflichteten, daß sie nur in einem bestimmten Bezirk wirksam werden; denn nur die Möglichkeit der Verletzung ist auf den Bannbezirk beschränkt, die Verpflichtung selbst ist demungeachtet eine ganz allgemeine, die jedermann trifft, gerade sowie die Möglichkeit einer unmitelbaren Verletzung des Eigenthums durch die Voraussetzung einer unmittelbaren Gegenwart des Verletzers an dem Ort der belegnen Sache, die eine physische Einwirkung auf dieselbe möglich macht, beschränkt ist. Fassen wir zugleich die Realrechte ins Auge, so tritt das noch mehr her-

vor, zugleich aber noch eine andere Eigenthümlichkeit, die sich mit Gerbers Ansichten nicht verträgt.

Bei den obligatorischen Verhältnissen müssen nämlich nicht nur, wie Gerber in der oben angeführten Definition annimmt, die Subjecte individuell bestimmt sein, sondern auch die Leistungen. Diese können allerdings in einem Unterlassen bestehen, aber dieses muß doch seine genaue Bestimmung haben, während bei den dinglichen Rechten nur eine allgemeine allen Andern aufliegende Verbindlichkeit besteht, sich jedes Eingriffs in die fremde Berechtigung zu enthalten. Nun könnte man zwar wohl bei den Bannrechten diese Individualisirung der Leistung darin finden, daß die Verpflichteten verbunden sind, Bedürfnisse einer bestimmten Art nur durch den Bannberechtigten befriedigen zu lassen; bei den Realgewerben, wenn sie nicht ausnahmsweise mit einem Bannrecht oder Monopol versehen sind, besteht aber eine solche Individualisirung der negativen Verbindlichkeit in keiner Weise, sondern nur ganz allgemein, wie bei dem Eigenthum, die Verpflichtung, sich jeder Hemmung oder Störung in der Ausübung der Gewerbsberechtigung zu enthalten, und es fehlt also auch in dieser Beziehung an den Voraussetzungen einer Obligation.

Nehmen wir zu dem Allen noch hinzu, daß sich, wie wir weiter unten sehen werden, nicht bei allen Realgewerberechten diejenigen Voraussetzungen finden, aus denen Gerber die Perpetuirung des angeblichen obligatorischen Verhältnisses ableitet, in dem es auch n i c h t r a d i c i r t e Realgewerbe gibt, und daß dies von andern Gewerberechten, wie namentlich dem, welches dem Autor eines literarischen oder künstlerischen Produktes zugetheilt ist, in gleicher Weise gilt, so daß also Gerbers Deduction nicht einmal auf alle Arten von vererblichen und veräußerlichen Gewerberechten anwendbar wäre so können wir nicht länger im Zweifel sein, daß wir diesen Verhältnissen die Natur von Obligationen entschieden absprechen müssen.

§. 10

Da hiernach unsere privilegirten Gewerberechte weder dem römischen Begriff von dinglichen Rechten, noch dem von persönlichen oder Forderungsrechten, untergeordnet werden können, werden wir nothwendig dahin geführt, in ihnen entweder eine Dritte,

von den dinglichen und obligatorischen ganz unabhängige Klasse von Vermögensrechten anzuerkennen, oder eine im deutschen Recht eingetretene Erweiterung des der römischen Jurisprudenz entnommenen Begriffs der dinglichen Rechte anzunehmen.

Das letztere liegt wegen der innern Verwandschaft beider Arten von Vermögensrechten näher. Es kommen bei den Gewerberechten, soweit sie überhaupt hierher gehören, wesentlich dieselben Grundsätze zur Anwendung, wie bei den Rechten auf körperliche Sachen, nur daß hier s. g. unkörperliche Sachen den Gegenstand des Rechtes bilden. Darin liegt aber nur eine ähnliche künstliche Erweiterung des Begriffs der Vermögensobjecte wie wir sie in Ansehung der Vermögenssubjecte schon bei den Römern darin finden, daß diese bereits neben den einzelnen Menschen auch universitates personarum und vielleicht schon bloße Anstalten, die einem frommen oder gemeinnützigen Zwecke dienen, als mögliche Subjecte von Vermögensrechten anerkannten. Das wesentliche Merkmal, durch weches die Natur der Klagen bestimmt wird, halten wir dabei doch fest und bleiben so in Uebereinstimmung mit den hergebrachten Begriffen unserer deutschen Jurisprudenz, die von jeher bei derartigen Gewerberechten eine dingliche Klage, die actio confessoria utilis, zuließ und der bloßen Ausübung des Rechtes als Quasipossessio einen rechtlichen Schutz gewährte.

Daß man bei den Bannrechten und Realgewerbrechten einen Quasibesitz anerkenne, räumt auch Gerber[5]) mit Verweisung auf Dunker's Abhandlung über Quasibesitz ein; er findet darin aber keinen Widerspruch mit dem Obligationsprincip. Dafür kann er sich allerdings, wenigstens in soweit es sich dabei um den Standpunkt der Legislation handelt, auf Bruns berufen[6]); allein es stehen dieser Ausdehnung des Besitzrechtes doch sehr erhebliche Gründe entgegen.

Geht man freilich, wie es häufig geschieht, davon aus, daß der Besitz die thatsächliche Ausübung einer Berechtigung sei, so können wir uns bei manchen Arten von obligatorischen Verhältnissen, wo, wie bei der Miethe, dem Pacht, Commodat u. s. w.

---

5) Gerber, a. a. O. § 156 Anm. 3.

6) Bruns, Das Recht des Besitzes S. 480 ff.

die Berechtigung in einer fortgesetzten oder von Zeit zu Zeit wiederkehrenden Ausübung zur Erscheinung kömmt, recht gut ein Besitzesverhältniß denken und es scheint dann auch kein Grund vorzuliegen, warum dasselbe nicht durch Interdicte geschützt werden sollte; nur darf man sich nicht verbergen, daß damit doch etwas ganz anderes gesagt wäre, als bei den dinglichen Rechten. Das Princip des Besitzrechts, wie wir es in unserm gemeinen Rechte finden, ist nämlich ohne Zweifel auch auf andere Rechtsverhältnisse anwendbar, als bei denen es die Römer anerkannten, nur muß dabei insofern eine Gleichartigkeit mit den dinglichen Rechten vorausgesetzt werden, als sie ebenfalls absolute Rechte sein müssen, denn das Besitzrecht ist selbst auch ein absolutes Recht, das gegen jeden, der sich einen eigenmächtigen Eingriff erlaubt, geschützt wird. Daher konnte z. B. das canonische und deutsche Recht das Besitzrecht ganz consequent auf gewiße Zustandsrechte (jura status) u. s. w ausdehnen, denn bei ihnen handelt es sich um das thatsächliche Bestehen eines Verhältnisses, das, wenn es rechtlich begründet wäre, allgemein anerkannt werden müßte. Bei obligatorischen Verhältnissen würde aber das Besitzrecht eine wesentlich andere Bedeutung erhalten; es würde nicht mehr den Charakter eines absoluten Rechtes haben, denn da das Recht, um dessen faktische Ausübung es sich handelte, nur für die in dem obligatorischen Verhältniß unmittelbar Begriffenen rechtliche Wirksamkeit hat, könnte natürlich auch dem Besitzesrecht keine weitere Ausdehnung gegeben werden. Man könnte nur etwa sagen, daß derjenige, welcher thatsächlich eine persönliche Berechtigung ausgeübt hat, dem gegenüber, der sich diesem Anspruch thatsächlich unterwarf, die rechtliche Vermuthung, daß er in seinem Rechte sei, so lange für sich habe, bis das Gegentheil dargethan werde. Ob eine solche Präsumtion, durch welche zwischen zwei bestimmten Personen ein obligatorisches Verhältniß einen vorläufigen Schutz erhielte, vom Standpunkte der Gesetzgebung aus, zu empfehlen sei, können wir ganz dahin gestellt sein lassen, denn jedenfalls steht fest, daß unser gemeines Recht einen solchen Besitzesschutz bei obligatorischen Verhältnissen nicht kennt und daß, wo sich particularrechtlich etwas dem Entsprechendes findet, dies von dem sonstigen Besitzesrecht, als einem absoluten Rechtsver-

hältniß völlig getrennt gehalten werden muß. Man darf übrigens nicht daraus, daß nicht selten dem Miether, Commodator oder Depositar ein Besitzrecht eingeräumt wird, ohne weiteres schließen, daß sich dies auf das obligatorische Verhältniß beziehe, denn es kann sich dabei auch nur um einen von jedermann anzuerkennenden Sachbesitz handeln, der in Folge dieser Contracte in einer ähnlichen Weise auf die Innhaber der Sache übertragen worden ist, wie schon nach römischem Recht der Faustpfandgläubiger, obschon er in fremden Namen besitzt, doch als juristischer Besitzer die Interdicte hatte. Wäre es lediglich das obligatorische Verhältniß, auf welches das Besitzrecht sich bezöge, so müßte sich die Wirksamkeit desselben nothwendig auf die Person des Vermiethers, Commodanten und Deponenten beschränken, und es könnte daraus kein Klagrecht gegen dritte Personen, die sich eines eigenmächtigen Eingriffs schuldig gemacht, abgeleitet werden. Dies müßte dann natürlich auch bei den Bann= und Realberechtigungen gelten, und da von den Verpflichteten jeder Einzelne in einem besondern obligatorischen Verhältniß stände, könnte jede Besitzhandlung immer auch nur dem gegenüber, welchen sie unmittelbar betrifft, rechtliche Wirksamkeit erhalten. Von einem Besitzstand, der sich z. B. auf alle Bewohner eines bestimmten Bannbezirkes bezöge, könnte daher gar nicht die Rede sein; er wäre immer nur den Einzelnen gegenüber begründet, die sich den Ansprüchen des vorgeblichen Besitzers unterworfen haben.

Daß dies der Sinn des in unserm Rechte anerkannten Quasibesitzes bei Bann= und Realberechtigungen sei, wird wohl niemand ernstlich behaupten. Nimmt man aber an, daß der Quasibesitz als ein absolutes Recht behandelt worden und daß in gleicher Weise die petitorische Klage selbst eine actio confessoria utilis sei, so tritt das allerdings in einem directen Widerspruch mit der Behauptung, es bestehe nur ein obligatorisches Verhältniß, denn man käme dann dahin, die Existenz eines obligatorischen Verhältnisses zu behaupten, welches die Natur eines dinglichen Rechtes hätte. Dies müßte nothwendig zu einer völligen Verwirrung der Grundbegriffe des Rechts führen, die unmöglich dadurch aufgehoben werden kann, daß man die Zulassung der possessorischen Klagen und der actio confessoria mit Gerber nur für eine äußer=

liche und willkürliche Zuthat des obligatorischen Verhältnisses erklärt [7]).

Anders faßt Maurenbrecher das Verhältniß bei den Realgewerbrechten auf [8]) Er stellt diese wie die s. g. Realrechte überhaupt allerdings im System unter die dinglichen Rechte und bemerkt ausdrücklich, daß die heutige Praxis dem Berechtigten zur Verfolgung des ihm zustehenden Rechts eine dingliche Klage unter dem Namen einer actio confessoria utilis gebe, sowie auch daß unbestritten der Quasibesitz nebst allen zum Schutze des Besitzes von Rechten hergebrachten Rechtsmitteln stattfinde; demungeachtet behauptet er, der Berechtigte stehe bei den Realrechten, gerade so wie bei den Reallasten, in einem obligatorischen Verhältnisse zu denen, die ihm verpflichtet seien. Der Grund seiner Ansprüche (causa exigendi) bilde aber nicht irgend ein contractliches Verhältniß zwischen den betreffenden Personen, vielmehr gebe denselben allein der Besitz des Gutes ab. So nährt er sich in der That den Ansichten Gerbers sehr. Wir können hier die Frage unerörtert lassen, ob diese Auffassung für die Reallasten, in Beziehung auf die sie besonders seit Eichhorn große Verbreitung gefunden hat, gerechtfertigt werden könne; was aber die privilegirten Gewerbrechte anbelangt, so muß sie unzweifelhaft verworfen werden. Sie beruht auf einem sonderbaren Mißverständniß, indem man dabei die Klagen, die aus einer Verletzung eines Realrechtes entspringen, ohne daß die Realberechtigung selber bestritten würde, mit den Klagen verwechseln, die zunächst auf Anerkennung des Realrechtes und erst in Folge dessen auf Aufhebung der Verletzung und Entschädigung gerichtet sind. Die Klagen der erstern Art sind natürlich rein persönliche Klagen, wie das bei Verletzungen des Eigenthums unter denselben Voraussetzungen ganz in gleicher Weise der Fall ist; aber das obligatorische Verhältniß zwischen Kläger und Beklagten ist nicht schon durch den Besitz des Gutes, mit welchem die Gewerbsberechtigung verbunden ist, begründet, sondern entsteht, wie bei dem Eigenthum unter den gleichen Voraussetzungen, erst durch die Verletzung; es ist eine obligatio ex delicto.

7) Gerber, Jahrbücher u. s. w. B. II S. 60.

8) Maurenbrecher, deutsches Privatrecht. I § 348 (2 Aufl.).

§. 11.

Nach unsern bisherigen Erörterungen können wir in Hinsicht auf Gewerbsberechtigungen folgende Fälle unterscheiden.

1. Es besteht Gewerbefreiheit, entweder
   a) so daß ein Gewerbe von jedermann nach Gefallen ausgeübt werden kann, oder
   b) so daß die Ausübung zwar von einer besondren obrigkeitlichen Erlaubniß (Concession) abhängig ist, diese aber jedem ertheilt wird, der gewisse gesetzliche Bedingungen erfüllt, namentlich die vorgeschriebenen persönlichen Eigenschaften und lokalen Einrichtungen nachweist oder auch nur eine bestimmte einmalige oder wiederkehrende Abgabe entrichtet u. s. w.
2. Die Gewerbsberechtigung beruht auf einem Privilegium, welches ein persönliches Vorrecht und damit eine Erweiterung der Rechtsfähigkeit begründet, die durch eine actio in rem im weitern Sinne des Worts geltend gemacht werden kann und einen Besitzschutz zuläßt.
3. Die Gewerbsberechtigung beruht auf einem Privilegium, welches ein dingliches Vermögensrecht begründet, das durch petitorische und possessorische Klagen geschützt wird. Dahin gehört
   a) wenn die privilegirte Gewerbsberechtigung als ein vererbliches und veräußerliches Recht verliehen ist;
   b) wenn sie mit einem Verbietungsrecht gegenüber allen denjenigen verbunden ist, welchen nicht ein gleiches Privilegium zusteht;
   c) wenn die Gewerbsberechtigung als Regal dem Staate vorbehalten ist, aber der Ausübung nach auf Andere übertragen werden kann.

Die große Verschiedenheit in der historischen Entwickelung unseres Gewerbewesens und in der Gesetzgebung der einzelnen Länder macht es unmöglich, im Allgemeinen festzusetzen, welchen von den hier angeführten Klassen jedes einzelne Gewerbe in Rücksicht auf die Berechtigung zur Ausübung desselben unterzuordnen sei. Das gleiche Gewerbe kann in dem einen Lande vollkommen frei oder doch nur von der Nachweisung bestimmter persönlicher

oder lokaler Voraussetzungen abhängig sein, welches in einem andern Lande an ein Privilegium gebunden oder auch als Regal dem Staate vorbehalten ist, und privilegirte Gewerbsberechtigungen, können wiederum bald nur eine Erweiterung der persönlichen Rechtsfähigkeit enthalten, bald einen dinglichen Character annehmen. Dabei ist dann auch noch weiter zu bemerken, daß bei den privilegirten Gewerbsberechtigungen noch oft die Gewerbsberechtigung an sich von dem Recht der Ausübung zu unterscheiden ist, indem der Berechtigte nur dann sein Recht ausüben darf, wenn er die bestimmten persönlichen Eigenschaften oder lokalen Einrichtungen, welche nach gesetzlichen Vorschriften vorausgesetzt werden, nachgewiesen hat. Wir werden uns deshalb auch in unsern weitern juristischen Erörterungen, wo wir mehr in Einzelheiten einzugehen haben, vorzugsweise nur mit den verschiedenen Klassen von privilegirten Gewerbsberechtigungen beschäftigen können und da sind es nur die dinglichen Gewerbsberechtigungen, welche civilistisch ein höheres Interesse in Anspruch nehmen, da bei den andern vorherrschend der polizeiliche Gesichtspunkt in Frage kömmt. Die wichtigsten Arten von dinglichen Gewerbsberechtigungen, mit dem wir uns in dem folgenden beschäftigen werden, sind aber

1. Die Realgewerberechte;
2. Die Gewerbsmonopole und die Zwangs- und Bannrechte;
3. Die gewerblichen Rechte an geistigen Producten und
4. Die regalen Gewerberechte.

Die Realgewerberechte und die regalen Gewerberechte pflegt man vorzugsweise **Gerechtigkeiten** zu nennen.

II. Realgewerberechte.

§. 12.

Während die ältern Juristen den Ausdruck **Realrechte** (jura realia) für dingliche Rechte überhaupt gebrauchten, hat man in der neuern Zeit angefangen, ihn auf solche dingliche Rechte zu beschränken, die an den Besitz eines Grundstücks geknüpft sind, und dabei entweder die römischen Prädialservitudten mit darunter begriffen (Reyscher) oder in engerer Begrenzung nur diejenigen an ein Grundstück geknüpften Rechte Realrechte genannt, die sich nicht wie die römischen Realservituten, auf den unmittelbaren

Vortheil des herrschenden Grundstücks beziehen. In diesem letztern Sinn hat namentlich zuerst Maurenbrecher die Lehre von den Realrechten bearbeitet und ihm sind mit Ausnahme einiger Abweichungen Reyscher, Philipps, Mittermaier, Walter, und einige Andere gefolgt [9]). Zu diesen Realrechten, die Reyscher besser als Gutsrechte (jura praedii) bezeichnen zu können glaubt, werden dann immer auch diejenigen Gewerberechte gerechnet, die in der Weise an ein Grundstück geknüpft sind, daß die Ausübung derselben jedem zusteht, der Eigenthümer oder Pächter, resp. Miether desselben ist, wie das namentlich bei Gasthöfen, Mühlen, Bierbrauereien, Apotheken u. s. w. häufig vorkömmt. Daneben hat sich aber immer noch der Sprachgebrauch erhalten, wonach alle Gewerbe real genannt werden, die jemand als ein frei vererbliches und veräußerliches Recht zustehn, im Gegensatz zu denjenigen, welche einer Person bloß für ihre Lebenszeit verliehen sind (Personalgewerbe), und man unterscheidet dann zwischen radicirten und nicht radicirten Realgewerben, jenachdem die Berechtigung an ein Grundstück geknüpft ist oder unabhängig davon besteht. Wir folgen hier diesem letzteren Sprachgebrauch.

§. 13

Das Bedürfniß, den Betrieb solcher Gewerbe, welche kostbare lokale Einrichtungen erfordern, für eine über das Leben des Uebernehmers hinausgehende Dauer zu sichern, erklärt sich sehr natürlich aus der Gefahr, durch einen plötzlichen Todesfall die aufgewendeten Kapitalien zu verlieren. Wo die Gewerbefreiheit keinen Beschränkungen unterliegt, steht der Fortsetzung des unternommenen Geschäftes, durch die Erben kein gesetzliches Hinderniß entgegen und selbst wenn diese es nicht übernehmen können oder wollen, werden sich in der Regel leicht Andere finden, die die vorhandenen Einrichtungen zu verwerthen verstehen und so im Stande sind einen Verlust abzuwenden. Sobald man aber dazu kömmt, das Recht zum Betrieb derartiger Gewerbe von der Ertheilung eines Privilegiums abhängig zu machen, muß noth-

---

9) Maurenbrecher, Lehrb. d. deutschen Privatrechts, 1 Aufl. 1832 §. 277—287; 2. Aufl. 1840 §. 347—356; Reyscher, würtemberg. Privatrecht, B. I 2. Auflage. 1846 B. 1. §. 245—253. Philipps, deutsches Privatrecht II S. 633. Mittermaier, Grundsätze. I. §. 173 a; Walter, System §. 131.

wendig das Bestreben jedes Unternehmers dahin gehen, sein Gewerberecht über seine Lebensdauer auszudehnen, und da liegt es dann nahe das Privilegium mit dem Betriebslokale so zu verbinden, daß jeder Eigenthümer oder Besitzer desselben auch als Gewerbsberechtigter erscheint [10]). Die ist aber nicht immer so geschehen, daß jeder Eigenthümer des betreffenden Lokals auch persönlich als zur Ausübung des Gewerbes befugt angesehen worden wäre. Manche von den an bestimmte Lokalitäten oder Grundstücke geknüpften Gewerbe wurden zünftige Gewerbe, wie z. B die der Metzger, Bäcker, Gerber u. s. w. und dann setzte die Ausübung des Gewerbes die Aufnahme in die Zunft voraus; bei andern, wie bei dem der Apotheker, wurde die Nachweisung bestimmter Kenntnisse und andererer persönlicher Eigenschaften, die dem Publikum gegenüber eine Garantie darbieten, gefordert. Allein dies hat doch keinen Einfluß auf die Berechtigung selbst, die unabhängig von den Bedingungen der Ausübung besteht und daher in der Regel eine Stellvertretung durch geignete Personen zuläßt.

Die neueren Juristen erkennen meistens nur die an ein Grundstück geknüpften Gewerberechte als dingliche Rechte an und erklären, die dingliche Natur derselben eben aus dieser Verbindung. Dies gilt namentlich von Maurenbrecher, der, wie schon oben bemerkt wurde in seinem Lehrbuch des deutschen Privatrechts, zuerst eine gemeinsame Lehre, für alle Arten von Realrechten, in dem von ihm angenommenen Sinne aufzustellen versuchte, (I. §. 347 fl). Er geht von dem (veralteten) Begriffe aus, wonach alle Rechte, welche durch eine actio in rem geschützt sind, als dingliche Rechte betrachtet werden, also auch die bloßen Zustandsrechte, und Familienrechte und das Erbrecht (I. §. 201), und unterscheidet dann bei den in das Gebiet des Sachenrechts fallenden dinglichen Rechten zwischen Rechten **an** Sachen und Rechten **wegen** Sachen (§. 202). Zu den erstern rechnet er das Eigenthum und die Rechte an fremden Sachen, zu den andern, sowohl die Reallasten, bei denen jemand wegen des Besitzes eines Grundstücks Pflichten zu erfüllen hat, als auch die Realrechte, zu deren Ausübung jemand als Eigenthümer eines Grundstücks berechtigt ist. Zu diesen gehören

10) Vgl. Maurenbrecher, Lehrb. I § 351; Mittermaier, Grundsätze II § 523.

dann auch die Realgewerberechte, worunter also nur solche Gewerbe= rechte verstanden werden, die an den Besitz eines Grundstücks geknüpft sind. In der ersten Ausgabe seines Lehrbuchs folgte er einem etwas andern Sprachgebrauch; er nannte die dinglichen Rechte an Sachen objectiv=dingliche Rechte, die Rechte wegen Sachen subjectiv=dingliche Rechte, und unterschied dann weiter zwischen Reallasten und Realrechten als passiv oder activ mit einer Sache verbundenen Rechten. Auch Reyscher unterscheidet in seinem würtembergischen Privatrecht (2. Aufl. §. 223) zwischen objectiv und subjectiv dinglichen Rechten, er geht aber darin weiter, daß er bei den letztern nicht die „wandelnde Persönlichkeit der jeweiligen Besitzer," sondern die „fixe Persönlichkeit, welche dem Gute selbst beigegeben ist," als das berechtigte oder verpflichtete Subject derselben betrachtet wissen will (I. §. 94 Anm. 2) Zwar scheint er in andern Stellen das Realrecht wieder dem Eigenthümer des Guts zuzuschreiben, wie z. B. wo er sagt, man nenne eine Befugniß einer Person, jenachdem sie dieser als solcher zukömmt oder einer Sache anhängt und mit dieser auf jeden Besitzer derselben übergeht, ein Personal= oder Realrecht (1. §. 98); allein dies kann doch nur von der dem Besitzer zukommenden Ausübung des Realrechtes verstanden sein, wie sich aus dem gleich darauf folgenden ergiebt, wo er sagt: „Doch gibt es auch manche Befugnisse, welche mit einer bestimmten Sache dergestallt verknüpft sind, daß deren Eigenthümer als solcher, ohne besondre Uebertragung, dieselben auszuüben hat, (subjectiv dingliche Rechte, jura realia). Demgemäß definirt er dann auch die s. g. Gutsrechte (jura realia) als Rechte, welche einem Gute anhängen und daher von dem jeweiligen Besitzer desselben als solchem ausgeübt werden können (1 §. 245). Sonach scheint Reyscher also wirklich das Grundstück, mit welchem ein Realrecht verbunden ist, zu personificiren. Dies würde zu der civilistischen Monstrosität führen, daß ein Grundstück, welches Object des Eigenthumsrechtes ist, zugleich Subject einer dinglichen Berechtigung wäre, also Person und Sache zugleich. Unserm Civilrecht ist eine solche Fiction, wonach der Eigenthümer einer Sache zugleich als Stellvertreter der letztern in Beziehung auf die ihr zustehenden Rechte, angesehen werden müßte, völlig fremd, denn wenn auch schon die Römer

eine servitus rerum und servitus personarum unterschieden, und die erstere für ein Dienstbarkeitsrecht erklärten, welches einer Sache zustehe, so war das doch nur ein uneigentlicher Sprachgebrauch, aus dem man keine rechtlichen Folgerungen ableiten darf.[11])

§. 14

Maurenbrecher will die (radicirten) Realrechte darum nicht als Pertinenzen der Grundstücke, mit denen sie verbunden sind, betrachtet wissen, weil sie ihre Zwecke nicht in dem Gute selbst, z. B. in dessen Erhaltung, Bewirthschaftung oder Verbesserung hätten, sondern diese außerhalb desselben in etwas ganz anderem, als den wirthschaftlichen Vortheilen, zu suchen seien.[12]) Allein diese Bemerkung wäre nur richtig wenn man die Pertinenzqualität lediglich davon abhängig machte, daß eine Sache bestimmt sei, den Zwecken einer andern zu dienen. Dies ist aber entschieden verwerflich. Der Begriff der Pertinenzqualität ist bekanntlich ein sehr schwankender und unsicherer. In den Quellen des römischen Rechts finden wir ihn nirgends ausdrücklich festgesetzt, wohl aber öfter rechtliche Folgerungen daraus abgeleitet. Aus den Entscheidungen einzelner Fälle, in welchen die Zugehörigkeit in Frage kömmt, hat erst die spätere Jurisprudenz allgemeine Prinzipien abstrahirt, dabei aber meistens nicht beachtet, daß die Frage, ob eine Sache Pertinenz einer andern sei, sehr verschieden beantwortet werden muß, je nachdem die eine oder die andere Folgerung daraus abgeleitet werden soll. Dies erklärt auch, wie schon Kierulff bemerkt, einzelne scheinbare Widersprüche in den römischen Rechtsquellen, die je nach Umständen in einem Falle als Pertinenz gelten lassen, was in einem andren Falle nicht dahin gerechnet wird [13]). Nennen wir, wie es gewöhnlich geschieht, jede Sache, eine Pertinenz, die, ohne integrirender Theil einer andern Sache zu sein, mit dieser in einem solchen Verhältniß steht, daß jede ausdrücklich nur die

---

11) Gegen die Personificirung des Grundstücks erklären sich ausdrücklich Maurenbrecher, Lehrb. I. §. 340 Note 4. Beseler, System B. I, S. 352; Walter, System §. 131 und v. Wächter Handbuch II S. 324.

12) Lehrb. d. d. Privatrechts, 2. Aufl. I §. 347.

13) Theorie d. gem. Civilrechts, S. 338 Anm. Vgl. L. 15 D de tritic. vin. leg. (33,7), L. 3 §. 1, L. 4 D. de penu legata (39,9) L.66 D. de legat. III.

Hauptsache betreffende Willenserklärung präsumtiv auch auf die Nebensache bezogen werden muß, so ist dazu keineswegs immer erforderlich, daß die Pertinenz die Bestimmung habe, den Zwecken der Hauptsache zu dienen, sondern es genügt, der Natur der Sache nach vollkommen, wenn sich nur ergiebt, daß sie herkömmlich unter der gleichen Bezeichnung mitverstanden wurde oder daß sonst Umstände vorliegen, die uns zu dieser Annahme führen.[14]) Denn nur davon hängt ja diesem Begriffe nach die Pertinenzqualität ab, daß die Nebensache in der Verfügung über die Hauptsache mit einbegriffen ist und das Schicksal derselben theilt. Uebertragen wir diese Auffassung auf Rechte, die mit einem Grundstück verbunden sind,[15]) so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß sie dann, wenn sie bei Verfügungen über das Grundstück das Schicksal desselben theilen, als Pertinenzen betrachtet werden müssen, und daß es dabei nicht darauf ankommen kann, ob das Recht den wirthschaftlichen Zwecken des Grundstücks dient, oder nicht [16]).

Aber mit der Pertinenzqualität verbindet namentlich das deutsche Recht oft noch ganz andere rechtliche Wirkungen, als die, daß die Pertinenz das Schicksal der Hauptsache theilt und dann genügt auch in der Regel nicht mehr die Nachweisung, daß eine Sache mit einer andern unter dergleichen Bezeichnung mitverstanden sei; es kommen dann oft noch besondre innere Beziehungen der Pertinenz zu der Hauptsache in Betracht. So finden wir z. B. in Expropriationsgesetzen in der Regel vorgeschrieben, daß wenn eine Nebensache in der Weise der Benutzung der Hauptsache bleibend dient, daß der Character und Werth der letztern wesentlich dadurch bestimmt wird, bei einer Expropriation der Nebensache entweder die Hauptsache mit angenommen oder doch eine der Verminderung des Werthes der Hauptsache entsprechende

---

14) Vgl. z. B. L. 91 §. 3 D. de leg. III; L. 20 §. 7. D. de instruct. legat. (33,7).

15) Einem Grundstück zugehörige Gerechtigkeiten werden in dieser Beziehung z. B. in L. 47—49 D. de contrah. emt. (18,1) erwähnt.

16) Für die Pertinenzqualität der Realrechte entscheidet sich namentlich Albrecht in der Krit. Zeitschrift von Richter, B. III. S. 318. Vgl. v. Wächter Handb. II S. 324; Mittermaier, Grundsätze I §. 173a; Walter, System §. 131.

Entschädigung gezahlt werden muß. Ebenso ist die Pertinenzqualität immer dann von besonderen Voraussetzungen abhängig, wenn eine Abtrennung der Pertinenz für rechtlich unwirksam erklärt ist oder wenn doch eine Wiedervereinigung durch die Gewährung einer Reunionsklage oder eines Näherrechtes begünstigt wird. Allgemeine Regeln lassen sich aber darüber nicht aufstellen; bald haben dabei landwirthschaftliche Interessen bestimmend gewirkt, bald Interessen des öffentlichen Lebens oder der Familie, und diesem gemäß sind auch die Bedingungen der Pertinenzqualität so verschieden, daß jede Generalisirung nothwendig zu Irrthümern führen muß.

Was nun namentlich die Gewerbe anbelangt, so kann man von ihnen sagen, die Verbindung mit einem Grundstück sei in der Regel von der Art daß das Gewerbe nicht sowohl den Zwecken des Grundstücks diene, als vielmehr umgekehrt, das Grundstück den Zwecken des Gewerbes. Dies begründet allerdings einen wichtigen Unterschied von den Prädialservituten und einigen analogen Realberechtigungen, allein man darf darum doch die bestehende Verbindung nicht als eine bloß zufällige und willkürliche ansehen die von dem Berechtigten nach Gefallen wieder aufgehoben werden könnte. Denn insofern der Staat überhaupt aus polizeilichen Rücksichten ein Interesse dabei hat, daß ein Gewerbe in einer geeigneten Localität betrieben werde, und wir voraussetzen müßen, daß die Gewerbsberechtigung regelmäßig immer mit Localitäten, die sich als geeignet erwiesen, verbunden worden sei, würde die darin liegende Garantie verloren gehen, wenn es lediglich der Privatwillkür anheimgegeben wäre, die Berechtigung auf ein anderes Grundstück zu übertragen. Nur ist die Verbindung der Natur der Sache nach doch auch nicht eine so enge, wie bei den Prädialservituten, wo selbst der Inhalt der Verpflichtung, die Art und das Maß der Dienstbarkeit, wesentlich mit durch die besondern Eigenschaften des praedium dominans bestimmt wird. Denn es läßt sich nicht denken, daß nur gerade das bestimmte Grundstück, mit welchem die Gewerbsberechtigung durch das Privilegium verbunden wurde, den Bedingungen einer gesicherten Ausübung entspreche, und wenn daher der Berechtigte die Uebertragung des Gewerberechts auf ein anderes Grundstück wünscht, das eine ebenso

geignete Lokalität darbietet, so steht dem kein öffentliches Interesse entgegen. Unsere Particulargesetze gehen jedoch zum Theil von einem andern Gesichtspunkte aus. Vielleicht vorzugsweise durch die Analogie der Prädialservituten geleitet, sehen sie die Verbindung mit einem bestimmten Grundstück als eine unauflösliche an und betrachten daher die Uebertragung auf ein anderes Grundstück als eine Aufhebung der alten und Constituirung einer neuen Gewerbsberechtigung. Wo sich dies aber nicht speciell als geltendes Recht nachweisen läßt, können nur die aus der Natur der Verhältnisse abgeleiteten Grundsätze entscheiden, und danach müssen wir wohl anerkennen, daß die Uebertragung einer Gewerbsberechtigung von einem Grundstück auf ein andres nicht ohne Genehmigung des Staates, der dabei seine Interessen zu wahren hat, vorgenommen werden kann, daß aber diese Genehmigung nicht verweigert werden darf, wenn die gewählte Localität allen Bedingungen einer gesicherten Ausübung entspricht und sonst die öffentlichen Interessen nicht verletzt. Es ist dann also auch die Uebertragung nicht als Constituirung eines neuen Privilegiums zu betrachten, dessen Gewährung von dem Gefallen des Staates abhängig wäre.[17)]

Da auch bei den nicht radicirten Gewerberechten wie namentlich bei vielen Fabrikconcessionen, die Ausübung nicht selten die Nachweisung einer geeigneten Lokalität voraussetzt, scheinen die übertragbaren Gewerberechte diesen völlig gleich gesetzt zu sein. Allein es findet immer noch der wichtige Unterschied statt, daß jene als Pertinenzen eines Grundstücks bei Käufen, Vererbungen u. s. w. das Schicksal der Hauptsache theilen, während die nicht radicirten ganz selbstständige Vermögensobjecte bilden. Wir haben demnach bei den Realgewerberechten überhaupt als Hauptgattungen zu unterscheiden:

---

17) Die Ansichten der Juristen sind abweichend; für die Uebertragbarkeit entscheiden sich Maurenbrecher, Lehrb. I, §. 348 und Walter, System §. 131; dagegen Mittermaier, Grundsätze § 173 a, v. Wächter, Handb. II S. 327 und Reyscher, Zeitschrift für deutsches Recht, V S. 61, letzterer aber nur mit Beziehung auf das würtembergische Recht, das doch auch die Frage zweifelhaft läßt, wenn man obige Unterscheidung in Betracht zieht.

1) Radicirte d. h. als Pertinenzen mit einem Grundstück
   a) unablöslich oder
   b) ablöslich

verbundene Gewerberechte;

2) nicht radicirte d. i. als selbstständige Vermögensrechte frei veräußerliche und vererbliche Gewerberechte, bei denen entweder
   a) die Ausübung durch die Nachweisung einer geeigneten Localitat bedingt oder
   b) davon unabhängig ist.

(Schluß im nächsten Hefte.)

II.

Ueber den Entwurf einer bürgerlichen Proceßordnung für das Königreich Sachsen.*)

Von

Herrn F. B. Busch.

Großhl. Sächs. und Fürstl. Schwarzb. Appellationsgerichtsvicepräsidenten a. D.

Dieser liegt nun vor und mit Spannung hat man demselben entgegengesehen; „denn überall spricht sich, — wie der Verfasser des Entwurfs Dr. Gustav Marschner, Oberappellationsgerichtsrath in Dresden, pag. 9 mit Recht bemerkt —" bald mit mehr, bald mit weniger Bestimmtheit die Ueberzeugung aus, daß das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen einer gründlichen Reform bedarf, daß dieselbe auf Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Gerichtsöffentlichkeit beruhen und daß das als angemessen Erkannte ohne Rücksichtnahme auf entgegenstehende Vorurtheile oder auf träge Anhänglichkeit an das alte Gewohnte mit Entschiedenheit durchgeführt werden muß."

Bei einer so vorurtheilslosen und richtigen Anschauung des Zustandes der deutschen Proceßgesetzgebungen war von vornherein zu hoffen, daß der Verfasser seine Aufgabe, die bei allen Vorarbeiten der Schwierigkeiten genug bot, zu lösen vorzugsweise be-

---

*) Er ist als Manuscript gedruckt zu Dresden von C. Heinrich 1860